

## Die „Stoffbestimmtheit der Rechtsidee“ und die „Natur der Sache“

– Ontologie, Konvention oder Konstruktion? –

*Dietmar von der Pfordten\**

### I. Einleitung

Probleme erfordern zu ihrem Verständnis und zu ihrer Lösung zunächst ihre Charakterisierung und Benennung. Die Ausdrücke „Stoffbestimmtheit der Rechtsidee“ und „Natur der Sache“ stellen eine derartige Charakterisierung eines rechts- bzw. allgemeinphilosophischen Problems dar, nämlich der Frage nach dem Verhältnis zwischen einer Tatsache oder einem Phänomen und einer Norm oder einer Verpflichtung. Man könnte als weitere, auf dasselbe Problem bzw. Problemsyndrom verweisende Charakterisierungen und Benennungen Georg Jellineks These von der „Normativität des Faktischen“<sup>1</sup>, die Rede von der „Sachlogik“ bzw. „sachlogischen Strukturen“<sup>2</sup>, und die immer wieder – etwa von Gustav Radbruch, Hans Kelsen oder Arthur Kaufmann – aufgeworfene Frage nach dem „Verhältnis von Sein und Sollen“<sup>3</sup> hinzufügen.

In der allgemeinen Philosophie ist eine vergleichbare Frage als Humes „is-ought-problem“<sup>4</sup> bzw. unter der Identifikation eines naturalistischen Fehlschlusses, einer „naturalistic fallacy“, durch George Edward Moore<sup>5</sup> bekannt oder auch in wieder anderer Form als sog. „Frege-Geach-problem“.<sup>6</sup>

Mit dieser Aufzählung soll nicht behauptet werden, dass jede dieser Formulierungen des bezeichneten Problems semantisch exakt identisch wäre. Mit dieser Aufzählung soll zunächst nur einmal die Fixierung auf eine dieser Charakterisierungen bzw. Formulierungen des Problems relativiert werden. Denn als überragend wichtig erscheint zunächst folgende Einsicht: Alle diese Formulierungen sind erstens Elemente spezifischer philosophischer bzw. rechtsphilosophischer Theorien und Denkzusammenhänge, insofern zweitens von diesen Theorien und Denkzusammenhängen abhängig, und betonen drittens deshalb unterschiedliche Aspekte des gleichen Problemsyndroms. Es ist vor allem wesentlich, sich zu verdeutlichen, dass die jeweilige Formulierung und damit

\* Georg-August-Universität Göttingen, E-Mail: dpfordt@gwdg.de.

<sup>1</sup> Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 337 ff.

<sup>2</sup> Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1980, 244; ders., Naturrecht und Rechtspositivismus, FS Niedermeyer, 1954, 279 ff., 290 ff.; Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“, 1957.

<sup>3</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie, hrsg. von Ralf Dreier und Stanley Paulson, 2. Aufl. 2003, 8 ff., 13 ff.; Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 4 ff.; Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, 87, 126, 134 ff., 268 ff.

<sup>4</sup> Hume, A Treatise of Human Nature, hrsg. v. P. H. Nidditch, 2. Aufl. 1978, 469.

<sup>5</sup> Moore, Principia Ethica, 1970, 41 ff., 44 ff.

<sup>6</sup> Geach, Ascriptivism, Philosophical Review 69 (1960), 221 ff.; ders., Assertion, Philosophical Review 74 (1965), 449 ff.

Einordnung in ein philosophisches System bzw. zumindest einen philosophischen Denkzusammenhang für das Verständnis und die Problemlösung wesentlich sind.

Im Folgenden werden zwei dieser Charakterisierungen zunächst kurz analysiert (II). Dann wird das Problematische an ihnen aufgewiesen (III). Des Weiteren wird ein Weg vorgeschlagen, mit derartigen Fragen umzugehen (IV). Schließlich werden Folgerungen für ökonomische Tatsachen gezogen.

## II. Analyse dieser Charakterisierungen bzw. Benennungen

Die beiden Charakterisierungen, die im Folgenden kurz analysiert werden sollen, sind diejenigen der „Stoffbestimmtheit der Rechtsidee“ und der „Natur der Sache“:

### 1. Stoffbestimmtheit der Rechtsidee

Die soeben am Ende der Einleitung formulierte These, dass die jeweilige Formulierung und damit Einordnung in ein philosophisches System bzw. zumindest einen philosophischen Denkzusammenhang für das Verständnis und die Problemlösung wesentlich ist, soll zunächst anhand der ersten dieser Charakterisierungen kurz erläutert werden: der Charakterisierung als „Stoffbestimmtheit der Rechtsidee“. Diese Charakterisierung steht ganz in der Tradition des Neukantianismus und taucht soweit ersichtlich zum ersten Mal bei *Emil Lask* auf.<sup>7</sup> *Gustav Radbruch* hat sie später mehrfach aufgegriffen.<sup>8</sup>

Zunächst ist ganz deutlich, dass die Formulierung von der „Stoffbestimmtheit der Rechtsidee“ die antike, zumindest aristotelische philosophische Unterscheidung von Form und Stoff, μορφή/εἶδος und ὕλη, <sup>9</sup> forma und materia, voraussetzt, die natürlich ihrerseits sehr abstrakt, unbestimmt, vage und umstritten ist. Die Zusammensetzung mit „Bestimmung“ macht den Begriff des Stoffes als des einen Pols dieser Unterscheidung keinesfalls klarer, denn es gibt kaum einen unbestimmteren und vageren Begriff als den der Bestimmung. Vergleichbares gilt selbststredend für den Begriff der Rechtsidee, der mit dem Ideenbegriff tief in der Tradition des Idealismus bzw. Rationalismus von Platon über Augustinus bis hin zu Descartes und Hegel steht. Dass es so etwas wie eine Rechtsidee gibt und was unter ihr zu verstehen ist, wird in der Formulierung ohne Weiteres vorausgesetzt.

Deutlich wird diese Einbettung in einer Passage in *Lasks* Rechtsphilosophie, die man als Erläuterung der Formel von der „Stoffbestimmtheit der Rechtsidee“ auffassen kann:

„Es war der Fehler des naturrechtlichen Apriorismus, dass er den dunklen, vom Werte niemals durchleuchtbaren Inhaltsüberschuss der unberechenbaren Faktizität nicht respektierte und deshalb die Vernunftpostulate nicht genügend auf die Funktion bloß formaler, an einem gegebenen Stoff sich betätigender Ordnungsprinzipien einschränkte. Dass dieser Rationalismus den Zufälligkeiten, Gleichgültigkeiten und Unzulänglichkeiten der unmittelbar vorgefundene Wirklichkeit gegenüber an eine ursprüngliche Vernunft appellierte, – diese übergeschichtliche Tendenz wurde erst dadurch in eine ungeschichtliche verwandelt, dass er die historischen Realitäten ganz aus seinen Berechnungen ausließ, ihnen nicht nur die Bedeutung absprach, sondern geradezu ihre Existenz ignorierte.“

<sup>7</sup> *Lask*, Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre, 1911, 57 ff., 169 ff.

<sup>8</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, 14, 38, 140; Nachwort zur Rechtsphilosophie, 207.

<sup>9</sup> *Aristoteles*, Physik 190b 20 ff., 207a 1026; Metaphysik 1069b 35 ff.; 1084b 10 ff.

Anstatt die Vernunftforderungen als die den Gesamtbestand der Wirklichkeit nur nach gewissen einzelnen Seiten umwälzenden Kräfte oder genauer als zu ihrer Verwirklichung und konkreten Ergänzung eines empirischen Substrates bedürftige und in dessen oft widerstrebende Eigenbeweglichkeit erst einzufügende formale Wertmomente zu erkennen, hypostasiert er sie zu für sich bestehenden Realitäten. Durch diese Verdinglichung wurde verselbständigt, was doch als Teilinhalt nur an einem anderen haften kann, als bloße Form einem Material sich anschmiegen muss, und so vermaß sich die reine Vernunft, anstatt die ganze Wirklichkeit sich zu unterwerfen, sich selbst zur Wirklichkeit aufzuwerfen und einfach an die Stelle des Bestehenden zu setzen.<sup>10</sup>

Was *Lask* in dem erwähnten Zitat behaupten will scheint Folgendes zu sein: Von den zwei dualistischen Alternativen, von den zwei Polen des Faktischen, Empirischen, Historischen und des Idealen, Geistigen, Ahistorischen, Normativen kann für die Gewinnung des Rechts keine bzw. keiner allein ausreichen. Man muss immer beide verbinden, so wie es keinen Stoff ohne Form und keine Form ohne Stoff gibt. *Lask* überträgt damit *Kants* theoretisch-deskriptive Theorie der Notwendigkeit einer Verbindung von Anschauung und Begriff zu begründeter theoretischer bzw. genauer deskriptiv-empirischer Erkenntnis<sup>11</sup> auf das praktisch-normative Verhältnis von Recht und Rechtsbestimmung. Insofern handelt es sich um eine These aus der Gedankenwelt des Neukantianismus, allerdings um eine zumindest in der Begrifflichkeit idealistisch gefärbte Auffassung, die im Verhältnis zu *Kant* in einer merkwürdigen kreuzweise-dialektischen Abweichung steht. *Kant* hat einerseits den Begriff der Rechtsidee in der Rechtsphilosophie nicht gebraucht. Dieser Gebrauch ist eine Neuschöpfung des Marburger Neukantianismus, vor allem *Stommers*, die *Lask* und *Radbruch* aufgegriffen haben.<sup>12</sup> Insofern ist *Kant* weniger idealistisch. Andererseits hat *Kant* in der Sache seine These einer notwendigen Verbindung von Anschauung und Begriff zur Gewinnung theoretischer bzw. empirisch-deskriptiver Erkenntnis gerade nicht in vergleichbarer Form auf die Praktische Philosophie bzw. die Rechtsphilosophie übertragen. *Kants* Praktische Philosophie ist apriorisch-synthetisch also rein begrifflich und steht insofern dem Naturrecht zumindest methodisch nahe – wenn sich *Kant* auch auf sehr formale Prinzipien, wie das Prinzip der Universalisierung, beschränkt. Diese Apriorizität des Praktischen gilt in jedem Fall für die Individualethik in der „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ und der „Kritik der praktischen Vernunft“. Aber sie gilt auch für die Rechtsphilosophie in den „Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre“, allerdings mit der kleinen Einschränkung, dass der Begriff des Rechts und damit – dies kann man vermuten – auch die übrigen rechtsphilosophischen Begriffe und Urteile zwar rein, jedoch nach *Kant*, „auf die Praxis gestellt“ sein sollen.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> *Lask*, Rechtsphilosophie, in: Gesammelte Schriften Band 1, 1923, 284 f.

<sup>11</sup> *Kant*, Kritik der reinen Vernunft (1781), Kants gesammelte Schriften. Hrsg. v. d. Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Band 4, 1911, 47 ff.

<sup>12</sup> Vgl. von der Pfordten, Die Rechtsidee bei Kant, Hegel, Stommel, Radbruch und Kaufmann, in: ders., Menschenwürde, Recht und Staat bei Kant. Fünf Untersuchungen, 2009, 59 ff.

<sup>13</sup> *Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), Kants gesammelte Schriften. Hrsg. v. d. Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Band 6, 1907, 203 (205).

## 2. Natur der Sache

Nun zum Ausdruck „Natur der Sache“. Auch er steht tief in der mehr als zweieinhalbtausendjährigen Tradition der Philosophiegeschichte.<sup>14</sup> Bereits in der Antike ist der Gegensatz von φύσις, also von Natur, und νόμος, also von Gesetz, einer der zentralen Topoi. Die φύσις wird insbesondere von Sophisten gegen den traditionellen νόμος der Tugendhaftigkeit in Stellung gebracht, etwa geschildert in einigen Dialogen Platons, z.B. im Dialog *Gorgias*.

Aber jenseits wirklich naturalistischer, also physikalisch, chemisch oder biologisch reduzierbarer Fakten bzw. Naturgesetze ist ganz unklar was „Natur“ bedeuten soll. Und im Recht handelt es sich nun gerade nicht um physikalische, chemische oder biologische Fakten bzw. Naturgesetze sondern um sozial-sinnhaftes und interessengeleitetes menschliches Handeln. Was soll etwa die „Natur“ des sozialen Handelns eines Kaufes sein? Die semantische Bedeutung ist konventionell auf einen Austausch von Sachen bzw. Forderungen und Geld festgelegt. Aber darüber hinaus ist nicht erkennbar, welche Lösungen die „Natur“ bei Konflikten um einen Kaufvertrag quasi a priori gebieten sollte. Die Typenfreiheit des Zivilrechts zeigt überdeutlich, dass derartige Verträge auch im Grundsätzlichen ganz unterschiedlich gestaltet werden können und sich dann divergente Rechtsfolgen ergeben.

Man kann dem Begriff der Natur vielleicht eine gewisse Bedeutung als relative Invarianz der Eigenschaften eines Dings oder Verhältnisses geben. Aber dies wird nur eine theoretische bzw. empirische und keine praktisch-normative Charakterisierung ergeben. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Rechtsfolgen von Kaufverträgen nicht grundsätzlich beliebig gestaltet werden sollen, wenn man einmal von ethischen Gründen der Gerechtigkeit, die in der Abwägung von Belangen wurzeln und nichts mit der Natur von Sachen zu tun haben, absieht.

Noch problematischer als der Begriff der Natur ist jener der „Sache“. Wir wissen zwar im Alltag, was eine Sache ist, nämlich ein raum-zeitliches Ding oder vielleicht auch ein Verhältnis oder ein Ereignis. Und es gibt auch Sachen im Sinne von Verhandlungsgegenständen, etwa „Rechtssachen“ Aber darüber geht der Begriff der Natur der Sache ja weit hinaus. Es handelt sich nicht um ein einzelnes Konkretum, sondern um ein Abstraktum. Aber was ist eine Sache in abstracto und dann auch noch deren Natur? Das bleibt rätselhaft und damit die gesamte Begriffsverbindung, die im Übrigen als spezifisch philosophische Neuschöpfung wie die „Stoffbestimmtheit der Rechtsidee“ ganz vom System bzw. Denkzusammenhang abhängig ist, in dem sie steht.

## III. Das grundsätzlich Problematische all dieser Charakterisierungen

Damit kann man zu dem grundsätzlich Problematischen all dieser sehr voraussetzungsreichen, tief in ein bestimmtes philosophisches System bzw. einen Denkzusammenhang eingelassenen Begriffe zur Charakterisierung und Benennung eines Problems, wie den Begriff der Stoffbestimmtheit der Rechtsidee oder der Natur der Sache, übergehen. Das Problematische und damit methodisch unbedingt Diskussionsbedürf-

<sup>14</sup> Vgl. etwa *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“ – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl. 1982; *Dreier*, Zum Begriff der „Natur der Sache“, 1965.

tige ist ihre starke bzw. fast vollständige Abhängigkeit von diesem System bzw. Denkzusammenhang. Sie gewinnen nur eine Kontur und eine gewisse Berechtigung in diesem System bzw. Denkzusammenhang. Das bedeutet aber, dass man dieses System zur Gänze oder zumindest im Wesentlichen diskutieren und akzeptieren muss bzw. müsste, um diesem Begriff eine Kontur und gewisse Berechtigung zu verleihen.

Aber selbst wenn beides möglich wäre und man dies täte, bliebe immer noch die Frage, ob es eigentlich notwendig oder auch nur gerechtfertigt ist, dass ein philosophisches System derart vom allgemeinen Begriffssystem der anderen Wissenschaften und des Alltags abweichende, eigene Begriffe bildet. Mir scheint dies aus drei Gründen prinzipiell weder notwendig noch gerechtfertigt zu sein: Zum ersten kennen wir in unserem allgemeinen Begriffssystem hinreichend viele sehr abstrakte Begriffe, etwa die Begriffe der Identität, der Differenz, der Relativität, der Notwendigkeit, der Möglichkeit, der Wirklichkeit, der Handlung, der Entscheidung usw. Zum zweiten besteht die Aufgabe der Philosophie gerade darin unser allgemeines Wissen des Alltags und der Einzelwissenschaften zusammenzuführen und in einen umfassenden Rahmen einzubetten.<sup>15</sup> Das erscheint aber nur möglich, wenn die Philosophie die Begriffe unseres allgemeinen Begriffssystems aufnimmt und nicht wenn sie neue Begriffe bildet. Zum dritten denke ich, dass Kants These, dass Erkenntnis immer zugleich Anschauung und Begriff voraussetzt, zumindest im Grundsatz zutrifft. Da aber die Anschauung vom Alltag und den Einzelwissenschaften herkommen muss und nicht aus der Philosophie stammen kann, müssen auch die Begriffe solche zumindest mit einem gewissen Bezug zu dieser Anschauung des Alltags bzw. der Einzelwissenschaften sein.

Damit kann kein ganz strikter Purismus gegenüber rein philosophischen Begriffen gerechtfertigt werden. In begründeten Einzelfällen mag es vielleicht auch in der Philosophie notwendig oder zumindest hilfreich sein, einzelne neue Begriffe zu bilden. Aber das sollte man aus den genannten Gründen erst tun, wenn die Verwendung allgemeiner Begriffe nicht erfolgreich ist und man sollte es reflektiert und mit einer guten Begründung tun. Alles dies ist im Hinblick auf die erwähnten Begriffe „Stoffbestimmtheit der Rechtsidee“ und „Natur der Sache“ offenbar nicht geschehen.

Man kann im Übrigen auch historisch die Verwirrung studieren, die durch diese Begriffe angerichtet wurde: An den zwei ersten Stellen, in denen Radbruch sich in seiner Rechtsphilosophie auf die Stoffbestimmtheit der Rechtsidee bzw. auch die Natur der Sache bezieht, entscheidet er gegensätzlich: Beim ersten Mal reagiert er negativ und zwar mit der Bemerkung: „Für das methodische Erkennen bleibt es also dabei, dass Sollensätze nur aus anderen Sollensätzen deduktiv abgeleitet, nicht aus Seinstatsachen induktiv gegründet werden können.“<sup>16</sup> Beim zweiten Mal votiert er dagegen positiv: „Gerechtigkeit bedeutet Richtigkeit in ihrer Hinordnung gerade auf das Recht, und vermöge dieser Stoffbestimmtheit der Idee sind wir in der Lage, aus der Idee Folgerungen zu ziehen für den Stoff, dem sie gilt.“<sup>17</sup>

Was folgt daraus für unsere sachliche Frage? Daraus folgen zwei Thesen: zum einen die These, dass alle erwähnten Formulierungen bzw. Begriffe, also etwa „Stoffbestimmtheit der Rechtsidee“ oder „Natur der Sache“ grundsätzlich auf ein ähnliches fundamentales Problem verweisen, zum anderen aber die These, dass es besser ist, dieses Problem nicht im Gewande der erwähnten, stark systemgeprägten Begriffe zu for-

<sup>15</sup> Vgl. von der Pfordten, Suche nach Einsicht, Hamburg 2010, 22 ff.

<sup>16</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, 13, 14.

<sup>17</sup> Ibid., 38.

mulieren, sondern es mit anderen, weniger umstrittenen Begriffen zu charakterisieren und zu bearbeiten.

Dazu soll im Folgenden ein Vorschlag gemacht werden:

## IV. Eine differenziertere Formulierung der Frage

Wir nehmen an, in der Welt Dinge, Tatsachen und Verhältnisse erkennen und beschreiben zu können. Und wir nehmen weiter an, dass es Verpflichtungen und Wertungen, das heißt Notwendigkeiten und Empfehlungen für unser Handeln und Entscheiden und damit auch für das Recht gibt: entweder unabhängig von unserem Handeln oder durch unser Handeln. Aber ob und wie nun diese Verpflichtungen unseres Handelns und Entscheidens und damit des Rechts von den Dingen, Tatsachen und Verhältnissen bzw. Ding-, Tatsachen- und Verhältnisbeschreibungen abhängen bzw. wie die Dinge, Tatsachen und Verhältnisse das Recht bestimmen, das ist genau die Frage.

Um diese Frage einer Lösung zuzuführen, darf man sie nun nicht durch einen sehr abstrakten und artifiziellen Begriff wie „Stoffbestimmtheit der Rechtsidee“ oder „Natur der Sache“ oder „Sachlogik“ oder „Sein“ entdifferenzieren. Man muss vielmehr umgekehrt den Stoff bzw. die Sache oder das Sein differenzieren und dann zusätzlich zwischen jeweils zwei Aspekten des Differenzierungsprodukts unterscheiden: zum einen zwischen den einzelnen Typen von Dingen, Tatsachen und Verhältnissen, die unser Handeln bzw. Entscheiden und damit auch das Recht bestimmen bzw. bestimmen können, und zum anderen zwischen verschiedenen Arten der Bestimmung des Rechts durch unser Handeln bzw. Entscheiden:

Das will ich im Folgenden unternehmen, wobei sich vier Einflussfaktoren mit der jeweiligen Unterscheidung in den Faktor selbst und seine Bestimmungsart ergeben:

### 1. Gesetze der Logik und Mathematik

Die *Gesetze der Logik* und *Mathematik* sind Vorgaben für all unser Handeln und Entscheiden und damit für das Recht. Unlogisches Recht, das in sich widersprüchlich ist, kann keine handlungsbestimmende Kraft entfalten, weil der Verpflichtete in einem solchen Fall nicht weiß, was er tun soll. Anders formuliert: Die Rechtsnorm bezeichnet keinen Gegenstand irgendeiner Verpflichtung. Die Bestimmung des Rechts durch die Gesetze der Logik ist *logisch notwendig*. Sie bleibt allerdings relativ formal. Wir dürfen keine logischen und mathematischen Fehler begehen. Darüber hinaus kann uns die Logik und die Mathematik aber nicht über den Inhalt des Rechts aufklären.

### 2. Naturgesetze und unabänderliche natürliche Tatsachen

*Naturgesetze* und *unabänderliche natürliche Tatsachen* bilden einen nicht hintergehbaren Rahmen unseres Handelns. Das bedeutet nicht, dass wir so handeln müssen, wie es unabhängig von unserem Eingreifen, also ohne unser Handeln und damit quasi „natürlich“ geschehen würde. Wenn die Schwerkraft etwas zur Erde zieht, heißt dies nicht, dass wir es auch auf die Erde fallen lassen müssten oder dürfen. Aber wir können eben die Schwerkraft auch nicht ausschalten. Das heißt, wenn wir etwas vor dem Fall zur Erde bewahren wollen, müssen wir mit der Schwerkraft rechnen und eine Gegenkraft ausüben, um der Wirkung der Schwerkraft auf diesen Gegenstand zu begegnen. So muss jede rechtliche Regelung etwa die Schwerkraft, die natürlichen Möglichkeiten der

Beschleunigung und Geschwindigkeit von Körpern oder die natürliche Zeit berücksichtigen. Ein Richter darf etwa nicht das sofortige Erscheinen eines Zeugen anordnen, wenn dieser sich auf einem anderen Kontinent befindet.

§ 1 BGB, der die Rechtsfähigkeit an die Vollendung der Geburt knüpft, nimmt etwa Bezug auf einen solchen Typus natürlicher Tatsachen, nämlich dass ein Mensch geboren wird und nicht schon ewig lebt.

Dieser Rahmen der Naturgesetze und unabänderlichen natürlichen Tatsachen bestimmt die Rechtssetzung *notwendig naturgesetzlich-faktisch* und damit fundamental und praktisch wesentlich. Aber diese Bestimmung ist nur sehr selten problematisch. So wie wir uns in unserem normalen Handeln ganz ohne weitere Überlegung angewöhnen, die Naturgesetze und unabänderlichen natürlichen Tatsachen zu beachten, so tun wir das auch ganz selbstverständlich im Recht. Wie mit den Gesetzen der Mathematik und Logik ist also auch hier nur ein relativ formaler Rahmen des zu Beachtenden gegeben, der aber keine weiteren inhaltlichen Regellungen in ihren Wertungen determiniert.

### **3. Soziale Fakten bzw. statistische soziale Regelmäßigkeiten**

*Soziale Fakten* bzw. *statistische soziale Regelmäßigkeiten* bilden eine Vorgabe für eine gelingende Rechtssetzung. Aber diese Vorgabe ist anders als die bisher erwähnten Bestimmungen regelmäßig nicht unüberwindlich: Beispiele sind die geographische Lokalisierung eines Volkes, die Größe der Bevölkerung, das Bevölkerungswachstum bzw. die Bevölkerungsschrumpfung oder moralische Sitten und Gebräuche. All dies sind soziale Fakten, auf die das Recht trifft, die aber allgemein durch unser Handeln und speziell durch das Recht änderbar oder zumindest beeinflussbar sind. Man denke etwa an den Versuch, das Bevölkerungswachstum zu verringern, z.B. Chinas Ein-Kind-Politik oder die Bestrebungen der deutschen Bundesregierung, durch bessere Bedingungen für Eltern, etwa Elternurlaub, Elterngeld usw. eine Zunahme der Geburtenrate zu fördern.

Die Bestimmung des Rechts durch soziale Fakten bzw. soziale Regelmäßigkeiten ist ebenfalls wie bei den Naturgesetzen und unabänderlichen natürlichen Tatsachen faktisch, aber anders als bei diesen nicht naturgesetzlich notwendig faktisch, sondern bloß *statistisch* bzw. *wahrscheinlich faktisch* und damit auch *normativ in keiner Weise verbindlich*. Es gibt kein soziales Faktum, das der Rechtssetzer nicht grundsätzlich ändern könnte, etwa die Lokalisierung und Zahl der Bevölkerung, die moralischen Sitten und Gebräuche usw.

Ist die Rechtssetzung in allgemeine Gesetzgebung und spezielle Rechtsanwendung aufgespalten kann dem einzelnen Rechtsanwender in einem konkreten Fall aber natürlich eine Änderung sozialer Fakten praktisch unmöglich sein. Aber diese fallspezifische singuläre praktische Notwendigkeit darf man nicht auf das Recht als Ganzes übertragen. Sondern man muss zunächst vom Grundsatz einer möglichen Änderung sozialer Fakten durch das Recht ausgehen und dann in einem zweiten Schritt fragen, mit welchem Aufwand und unter welchen Konsequenzen eine solche Änderung möglich und verhältnismäßig wäre.

Zu den sozialen Fakten gehören auch alle Rahmenbedingungen und Einzelentscheidungen der Ökonomie. Das bedeutet, dass die Grundstrukturen der Wirtschaft durch das Recht prinzipiell änderbar sind, also insbesondere auch der ordnungspolitische Rahmen des Wirtschaftens. Wir könnten uns grundsätzlich dazu entschließen, statt einer freien Marktwirtschaft eine Planwirtschaft einzuführen. Allerdings ist auch klar, dass das Recht hierbei auf gravierende Hindernisse stoßen kann und wird, die einen

Erfolg – zumindest unter den gegenwärtigen Bedingungen – schwerlich erwarten lassen. Der Zusammenbruch der planwirtschaftlichen Systeme in Osteuropa hat dies gezeigt. Aber dieser ist vor allem auch durch die Missachtung der wichtigen, vierten Gruppe von Rechtsbestimmungen ausgelöst worden: die Belange der Menschen.

#### **4. Belange bzw. Interessen der Menschen und eventuell anderer Individuen, das heißt Strebungen, Bedürfnisse, Wünsche und Ziele**

Das Handeln der Menschen wird viertens generell von einem sehr speziellen Typ individueller bzw. sozialer Fakten, nämlich den Belangen bzw. Interessen, das heißt Strebungen, Bedürfnissen, Wünschen und Zielen im Hinblick auf ein gutes Leben bestimmt. Dabei können diese Belange sowohl altruistisch als auch egoistisch sein. Allerdings handelt es sich bei dieser Bestimmung nicht um eine notwendige oder auch nur wahrscheinlich faktische wie bei den Naturgesetzen und sozialen Fakten, sondern um eine bloß *normative*, d.h. bewertende (evalutive) und vorschreibende (präskriptive). Die Belange der Menschen bestimmen ihr eigenes Handeln und das Handeln anderer *normativ*.<sup>18</sup>

Dabei stellt sich im speziellen Verhältnis zu anderen immer die Frage der ethischen Berechtigung und damit der Rechtfertigung durch eine unparteiische Abwägung der Belange und damit die Frage der Verpflichtung seitens der Ethik.

Die Bestimmung allen Handelns durch Belange der Menschen gilt auch für das Recht, allerdings mit gewissen Qualifikationen, weil das Recht von vornherein soziales Handeln in einer Gemeinschaft darstellt.<sup>19</sup> Das bedeutet, dass für die Bestimmung des Rechts die Belange der Betroffenen zunächst einmal sozial zusammengefasst werden müssen, sei dies fiktiv oder real. Daraus folgt zum einen: Das Ziel des guten Lebens ist immer ein gemeinschaftliches Ziel eines gemeinsamen guten Lebens. Daraus folgt zum anderen: Eine unparteiische Abwägung der Belange ist für die Rechtsbestimmung in jedem Fall erforderlich und somit auch eine Verpflichtung seitens der Ethik bzw. Gerechtigkeit in der speziellen Form der Rechtsethik.<sup>20</sup>

Man kann diese vier Faktoren einer Abhängigkeit des Rechts von Tatsachen bzw. Phänomenen wie folgt mit ihrer Bestimmungsform zusammenfassen:

- 1) Gesetze der Logik und Mathematik: logisch-mathematische Notwendigkeit der Bestimmung
- 2) Naturgesetze und unabänderliche natürliche Tatsachen: naturgesetzlich-faktische Notwendigkeit der Bestimmung
- 3) Soziale Fakten und statistische soziale Regelmäßigkeiten: statistische bzw. wahrscheinliche soziale Bestimmung
- 4) Belange bzw. Interessen: normative Bestimmung, und zwar als Gründe des guten Lebens und ethisch

Problematisch und umstritten in der jeweiligen Bestimmung für das Recht sind nur die letzten beiden Faktoren, die mehr oder minder invariant auftreten: die sozialen Fakten und sozialen Regelmäßigkeiten sowie die Belange bzw. Interessen, und zwar einerseits als gemeinsames Ziel des guten Lebens, andererseits als Abwägung der einzelnen Interessen und damit der Ethik.

<sup>18</sup> Von der Pfordten, Normative Ethik, 2010, 67 ff.

<sup>19</sup> Von der Pfordten, Rechtsphilosophie. Eine Einführung, 2013, 65.

<sup>20</sup> Vgl. von der Pfordten, Rechtsethik, 2. Aufl. 2011.

## V. Folgerungen für ökonomische Tatsachen bzw. Phänomene

Was für Folgerungen ergeben sich aus dieser Skizze einer möglichen faktischen Bestimmung des Rechts im Hinblick auf die speziellere Frage nach der Bestimmung des Rechts durch die Ökonomie?

Zunächst ist klar, dass die Ökonomie als gemeinschaftliches menschliches Handeln in grundsätzlich gleicher Weise wie das Recht durch die erwähnten vier Einflussfaktoren bestimmt wird, also praktisch vor allem durch die Faktoren drei und vier, das heißt die sozialen Fakten und Regelmäßigkeiten sowie die Belange bzw. Interessen, sei es im Hinblick auf das gute Leben oder die Ethik.

Nun kommen aber zwei Besonderheiten hinzu: Ökonomie und Recht sind ja selbst soziale Fakten bzw. statistische soziale Regelmäßigkeiten, d.h. sie bestimmen sich also im Sinne des dritten Einflussfaktors auch wechselseitig, wobei wie bei den sozialen Tatsachen und Regelmäßigkeiten generell natürlich nur von einer statistischen und damit änderbaren Bestimmung auszugehen ist. Natürlich haben also ökonomische Tatsachen einen statistisch-faktischen Einfluss auf das Recht. Aber alle diese ökonomischen Tatsachen sind als menschliches Handeln eben nur statistisch wahrscheinlich und prinzipiell jederzeit änderbar. Sollte es sich also z.B. herausstellen, dass sog. Leerverkäufe von Aktien als Tatsachen regelmäßig statistisch-faktisch zu krisenhaften kontraktiven Wirkungen in der Wirtschaft führen, so ist es selbstredend rechtlich möglich und auch sinnvoll, solche Leerverkäufe zu untersagen, so wie es die Weltgemeinschaft geschafft hat, einen Wirtschaftszweig weitgehend, wenn auch was den Frauen- und Kinderhandel anbelangt, leider nicht ganz vollständig zu unterbinden, der von der Antike bis ins 19. Jahrhundert eine wesentliche ökonomische Rolle gespielt hat: den Sklavenhandel.

Die statistische, faktisch-soziale Bestimmung des Rechts durch die Ökonomie kann somit niemals ein ernsthaftes Argument gegen eine Änderung der ökonomischen Bedingungen durch das Recht bis hin zur völligen Veränderung des Wirtschaftssystems sein. Sprechen also Politiker von „alternativlosem politischem Handeln“, so ist das theoretisch und praktisch fehlerhaft. Jenseits der Logik und der Naturgesetze sowie jenseits unabänderlicher natürlicher Tatsachen gibt es im Bereich sozialen Handelns und damit der Ordnungspolitik gegenüber der Wirtschaft immer Alternativen bzw. andere Möglichkeiten – wobei natürlich die Effektivität und Effizienz solcher Eingriffe als *cura posterior* beim Für und Wider immer bedacht werden müssen.

Die eigentliche normative Frage stellt sich dann bezüglich der ökonomischen Bestimmung des Rechts bzw. der rechtlichen Einflussnahme auf die Ökonomie im Hinblick auf die in Rede stehenden Belange bzw. Interessen, also den vierten Einflussfaktor, und zwar wie oben erwähnt in doppelter Richtung: einmal als kollektive Frage nach dem guten Leben und zum anderen als Frage nach der Abwägung der betroffenen Belange der Individuen, also der Ethik.

Dabei ist im Hinblick auf die Wirtschaft eine Besonderheit zu beachten. Die Wirtschaft hat im Vergleich zu anderen menschlichen Gestaltungen des sozialen Zusammenlebens ein spezifisches Ziel: die effektive, effiziente und bis zu einem gewissen Grade gerechte Gütersorgung.

Das hat zur Folge: Die Regeln für die Wirtschaft können im Dienste ihres spezifischen Ziels einer effektiven, effizienten und einigermaßen gerechten Gütersorgung bestimmte allgemeine Standards der Moral, die in einer Gesellschaft faktisch gelten und auch ethisch grundsätzlich gefordert sind, verändern bzw. abschwächen. Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen:

Das eine Beispiel ist das der Pflicht zur erhöhten Hilfe und Fürsorge für Angehörige und Nahestehende im Vergleich zur Pflicht gegenüber Fremden. Im allgemeinen Sozialleben gilt ganz selbstverständlich die Pflicht, Angehörigen und Nahestehenden eine erhöhte Beachtung zukommen zu lassen. Eine Mutter muss natürlich ihrem Kind mehr Hilfe und Fürsorge schenken. Die Garantenstellung der unechten Unterlassungsdelikte ist im Strafrecht eine Folge dieser Pflicht.

In der Wirtschaft oder sagen wir präziser: in der modernen Marktwirtschaft westlicher Prägung ist diese Pflicht zur erhöhten Fürsorge für Angehöre und Freunde als Klientelismus oder Nepotismus negativ bewertet und damit weitgehend aufgehoben. Es wäre ökonomisch irrational ein Gut teurer bei einem Angehörigen oder Nahestehenden zu erwerben. Und es ist einem Angestellten sogar moralisch und ethisch verboten, einen Verwandten oder Freund im selben Unternehmen zu bevorzugen, von Personalentscheidungen der persönlichen Eigentümer eines Familienunternehmens auf der Leitungsebene einmal abgesehen. Schließlich ist es dem Angehörigen eines börsennotierten Unternehmens verboten, Insiderinformationen an Angehörige und Nahestehende weiterzugeben, die eine Aktienspekulation ermöglichen. Hier ist also im Interesse des Leistungsprinzips und der Effizienz in der Wirtschaft mit guten Gründen mehr Unparteilichkeit und Gleichbehandlung als generell im sozialen Leben gefordert.

Das andere Beispiel betrifft die Pflicht zur Gleichbehandlung. Während etwa eine Mutter selbststrend verpflichtet ist, ihre Kindern gleich zu behandeln, etwa ihnen allen ein gleich großes Stück von einem Kuchen, den sie gebacken hat, abzugeben, ist ein Käufer natürlich nicht verpflichtet, bei seiner Kaufentscheidung alle Bäcker am Ort gleich zu behandeln. Er kann mit Rücksicht auf das Ziel der Effizienz seine Brötchen immer dort kaufen, wo sie am Günstigsten sind bzw. am besten schmecken. Die Pflicht zur Gleichbehandlung bzw. Unparteilichkeit wird insofern also mit guten Gründen reduziert bzw. teilweise ganz suspendiert.

Was für Auswirkungen hat dies nun auf das Recht? Hält man diese Entscheidung der Ökonomie für eine möglichst effektive sowie effiziente Güterversorgung im Interesse des guten Lebens aller für gerechtfertigt, dann dürfte klar sein, dass diese Dezision nicht zu rechtlichen Regelungen in einen Widerspruch geraten sollte – allerdings nur proportional zur Nähe des Rechts zur Ökonomie. Je näher also das Recht strukturell der Ökonomie und ihren Grundentscheidungen steht, desto eher werden bestimmte ordnungsrechtliche Vorgaben der Wirtschaft aus Kohärenzgründen auch zumindest partiell Gründe für bestimmte rechtliche Regelungen sein.

Oder um ein Beispiel zu nennen: Lässt man den Im- und Export von Unternehmen zu und fördert man ihn zur Erhöhung der Prosperität sogar, dann wird man wirtschaftliche Gestaltungen, die diesen Im- und Export begünstigen, zunächst einmal aus einer limitierten ökonomischen Perspektive positiv bewerten müssen, etwa die Möglichkeit der Absicherung von Unternehmen gegen Währungsschwankungen durch Devisenzertifikate. Neben dieser limitierten ökonomischen Perspektive kann es aber dann natürlich auch noch eine weitergehende soziale und allgemeinpolitische Perspektive geben. Sollten diese Zertifikate etwa zu ständigen Krisen mit schweren sozialen und politischen Folgen führen, so wird der limitierte positive ökonomische Effekt nicht ausreichen, um in der Abwägung des Für und Wider die stärkeren Gründe für ein rechtliches Verbot dieser Zertifikate auszustechen. Die Belange bzw. Interessen der Gesamtgesellschaft verdienen dann den Vorrang.

Das Fazit lautet also: Alle ökonomischen Grund- und Einzelentscheidungen müssen im Hinblick auf das Ziel des guten Lebens und die Ethik immer wieder auf den Prüfstand und gegebenenfalls mit Verweis auf unsere allgemeinen Belange bzw. Interessen

auch unter Zuhilfenahme des Rechts revidiert werden. Es gibt z.B. keinen in der Natur der Sache liegenden Grund, die Finanzmärkte stärker oder weniger stark rechtlich zu reglementieren, wenn das ordnungspolitisch nicht im Sinne eines guten Lebens als sinnvoll zu erachten ist. Dabei sind allerdings auch der Aufwand und die Folgen sowie die Diskrepanz zwischen einzelstaatlichen Akteuren und globalen Märkten zu berücksichtigen, etwa indem man sich international im Rahmen der G8- und G20-Strukturen koordiniert.